

LA INCURSIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS: POSIBILIDAD, EDUCACIÓN, DERECHO Y PODER

RAFAEL DE ASÍS ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

1. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS

En primer lugar, permítaseme llevar a cabo algunas reflexiones introductorias a lo que será el objeto principal de mi intervención y que no es otro que el problema de la incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos.

La cuestión de la discapacidad es una de las típicas cuestiones que poseen una fuerte carga emotiva.¹ Sin lugar a dudas, la justificación de una serie de acciones destinadas a paliar o suprimir las dificultades con las que se encuentra un colectivo como el de las personas con discapacidad en el ámbito social, se presenta como algo evidente.² Y ello es así a pesar de tratarse de un colectivo difícil de identificar, formado por sujetos que pertenecen a él en virtud de rasgos diferentes.

Ciertamente es difícil encontrarnos con planteamientos que nieguen la necesidad de esta serie de medidas. Sin embargo, cuando se pasa a analizar su alcance, su proyección en otras situaciones y personas, o, incluso, cuando se trata de justificarlas de una manera concluyente, la cuestión adquiere una mayor complejidad. En este sentido, más allá de esa primera impresión, es importante abordar la cuestión de la discapacidad de una manera integral en el ámbito de un discurso racional.

Y en esta línea, me parece importante tomar como referentes del discurso racional a los derechos humanos. Tal vez alguien se pregunte por qué acudir a los derechos humanos, esto es, por qué tomo como referencia a éstos instrumentos para abordar la cuestión de la discapacidad. Pues bien, a este respecto diré que considero que se trata de una serie de instrumentos que reflejan una determinada concepción de la moralidad pública y que, en este

sentido, constituyen un criterio de legitimación y de justificación. Por otro lado, conviene ser conscientes de que las actuales regulaciones jurídicas que se proyectan sobre esta cuestión toman como referencia a los derechos humanos.

En todo caso, y a pesar de ello, creo que hay una cierta distancia o si se quiere una escasa comunicación entre la teoría de los derechos y la normativa sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dicho de otra forma, por un lado, la teoría de los derechos (sobre todo la que trata cuestiones de fundamentación) no ha tratado suficientemente la cuestión de la discapacidad y, por otro, la regulación jurídica de dicha materia (incluso también el tratamiento social) se ha elaborado a espaldas de la teoría de los derechos. Pues bien, considero necesario acercar ambos ámbitos, comunicar, como en otras tantas cuestiones, la teoría con la práctica.

En la actualidad no sería exagerado afirmar que vivimos, en el ámbito de las políticas públicas, un momento de exaltación de la idea de no discriminación, con diferentes proyecciones, una de las cuales tiene que ver con el colectivo de las personas con discapacidad. En ese contexto se afirma la necesidad de llevar a cabo una serie de medidas al hilo de los dos grandes tipos de igualdad jurídica (la diferenciación negativa y la diferenciación positiva).

La cuestión de la no discriminación es una cuestión antigua y muy tratada. Su proyección en el ámbito de determinados colectivos se enmarca dentro del llamado proceso de especificación de los derechos (aunque tal vez sería mejor enmarcarlo en el de generalización). Como es sabido, los análisis de los distintos procesos históricos de los derechos, suelen coincidir en subrayar la existencia de cuatro grandes procesos: el de positivación, el de generalización, el de internacionalización y el de especificación¹. Este último se caracteriza por la aparición de derechos que se predicen como propios de determinados colectivos o de sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias. Sin lugar a dudas, lo que hay detrás de este proceso es una determinada concepción del principio de igualdad.

Siguiendo la terminología tradicional, es posible diferenciar tres grandes sentidos de la igualdad: generalidad, diferenciación negativa y diferenciación positiva².

La igualdad como generalidad es la igualdad ante el Derecho que no tiene en cuenta circunstancias de los sujetos. Se trata de una consideración de la igualdad que está presente en la fase de positivación de los derechos

¹ Vid. en general PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

² Sobre los diferentes sentidos del principio de igualdad vid. PÉREZ-LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, 1987, pp. 140 y ss.

dentro de los dos grandes modelos, norteamericano y francés, y que se constituye en una constante de las Constituciones y Declaraciones liberales. Su finalidad originaria era la de romper las desigualdades y los privilegios de algunos y, por tanto, la de ampliar el campo de los iguales (aunque esto se haga compatible en ese momento con tratos desiguales, como por ejemplo, con la existencia de la esclavitud). Esta igualdad se relaciona con los requisitos de generalidad y abstracción de las normas. Supone un idéntico status jurídico en la legislación y en la aplicación del Derecho. Así, en relación con los derechos implica que todos son iguales en su titularidad y ejercicio.

Puede afirmarse que esta dimensión de la igualdad se constituye en presupuesto de todo Derecho. Se trata de una idea que tiene su origen en la formación del Derecho moderno y acompaña desde ese momento a su concepto. Se constituye, así, en un requisito de moral interna o, si se prefiere, en uno de los contenidos de la seguridad jurídica. Está presente, por otro lado, en la idea de sujeto moral, aunque lógicamente se ve condicionada también por otros caracteres del Derecho (como es, por ejemplo, la idea de soberanía estatal, que se traduce, en lo que a los derechos se refiere, en la exaltación de la idea de ciudadanía y, con ella, en la distinción entre nacionales y extranjeros en lo referido a la titularidad y ejercicio de los derechos).

Desde este presupuesto, el Derecho y sus normas tendrán como finalidad establecer diferencias. El principio de igualdad en el Derecho trataría, así, de establecer cuando está justificado crear diferencias normativas y cuando no, que es precisamente lo que vienen a expresar los otros dos tipos de igualdad.

La igualdad como diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas o también la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideren relevantes. Se trata de medidas que de alguna manera se relacionan con un determinado tipo de organización jurídico-política como es el Estado Social de Derecho, y se presentan al hilo de dos de las principales funciones que en ese ámbito corresponden al Derecho, esto es, la función promocional y la función redistributiva.

Un aspecto problemático de la igualdad como diferenciación negativa es el de la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando tratos formalmente neutrales inciden negativamente sobre un grupo o una clase de

sujetos. Por su parte, lo problemático de la igualdad como diferenciación positiva radica en que se presenta como discriminación directa.

Cuando nos planteamos la cuestión de la discapacidad en estos ámbitos, la justificación de medidas de equiparación y de diferenciación se muestra como no problemática. Con ello no quiero decir que se trate de una cuestión sencilla. Lo que quiero afirmar es que los principios que inspiran en este momento a las normas jurídicas (o a las políticas públicas) en materia de discapacidad son, sobre el papel, totalmente compatibles con un discurso igualitario sobre los derechos. Y digo en este momento porque, aunque tal vez esto sea un tópico, no hay que olvidar como esta cuestión ha sido hasta época muy reciente una cuestión poco tratada (el sujeto con discapacidad era un sujeto invisible) o tratada de una manera directamente enfrentada al discurso de los derechos (para comprobarlo basta con examinar la consideración de las personas con discapacidad en la historia).

Así, si observamos los principios que inspiran el proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (actualmente en el Parlamento³), es posible observar esta compatibilidad sobre el papel. En efecto, en el artículo 2 de ese Proyecto de Ley⁴, se afirma que todo el articulado se inspira en los principios de vida independiente y diálogo civil (entendidos como el reconocimiento de la autonomía privada y pública de las personas con discapacidad), normalización, accesibilidad universal y diseño para todos (entendidos como la exigencia de favorecer el desarrollo de una vida normal por parte de las personas con discapacidad), y transversalidad (entendido como la exigencia de tener en cuenta la cuestión de la discapacidad en toda política normativa). Se trata, como ya he señalado, de principios, sobre el papel, compatibles y coherentes con el discurso de los derechos.

En todo caso, me parece importante subrayar que, en muchos casos, esas medidas normativas no son sino parches, enormemente útiles, en el sentido de que solucionan problemas reales y actuales, pero que dejan sin resolver cuestiones de fondo que afectan, incluso, a la propia forma de entender y considerar a los seres humanos. Es decir, a pesar de que las medidas de diferenciación negativa o de diferenciación positiva en relación con el colectivo de las personas con discapacidad pueden encontrar un acomodo no problemático en los Or-

denamientos constitucionales contemporáneos, es necesario ir más allá y abordar la cuestión de la discapacidad de una manera integral, es necesario analizar esta cuestión en un ámbito que supere el de las medidas concretas y casuísticas, en definitiva, es necesario estudiar la discapacidad dentro del discurso de los derechos humanos, partiendo de su principal referente que no es otro que la idea de dignidad humana.

Sólo dos aclaraciones introductorias más. La primera, a pesar de su obviedad, creo que es importante. En esta problemática, como en cualquier otra que tiene que ver con los derechos humanos, la posición conceptual de quien les habla es fundamental. Al respecto sólo diré que, desde ese punto de vista, cuando hablamos de los derechos humanos es necesario llevar a cabo una serie de reflexiones de índole moral, jurídica y política, o dicho de otra manera, todo análisis de los derechos que pretenda ser integral exige considerar que estamos ante figuras que poseen unos componentes éticos, jurídicos y políticos⁵. En este sentido, los análisis que se llevan a cabo desde un punto de vista exclusivamente jurídico, o ético o político, son (a pesar, en ciertos casos, de su utilidad) parciales. La segunda, tiene que ver con cierto malentendido existente cuando se abordan cuestiones de este tipo, y que consiste en afirmar que los principales actores del discurso tienen que ser precisamente los sujetos con discapacidad. Pues bien, sobre ello, sólo diré que, independientemente de que todo análisis de la cuestión de la discapacidad exige tener en cuenta a los sujetos con discapacidad, no son sólo éstos los que deben intervenir. Al igual que las cuestiones de la igualdad de la mujer o de la igualdad de los inmigrantes, no son cuestiones que afectan sólo a estos colectivos, la cuestión de la discapacidad afecta tanto a las personas con discapacidad como a los que podríamos denominar como «capacitados». Evidentemente, esto es así si tenemos en cuenta cómo afectan estas situaciones a las personas del entorno de las personas con discapacidad. En todo caso, esta consideración va más allá. La situación de estas personas nos afecta a todos y, por tanto, nos interesa a todos, y no sólo a este colectivo, a sus familiares o a sus representantes. No es una cuestión que pertenezca, por ejemplo, a las organizaciones representativas de este colectivo. Por cierto, y aunque no me detendré en ello, es importante también que estas organizaciones se abran a la sociedad, estén en contacto con el pensamiento social, y lleven a cabo planteamientos integrales.

Ciertamente, lo anterior tiene que ver con uno de los significados del principio de transversalidad al que antes aludí, pero tiene que servir también para atemperar un uso incorrecto de llamado principio de «diálogo civil»,

³ Actual Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003). (Nota del editor).

⁴ La redacción definitiva del artículo 2 de la Ley dice en su primer párrafo: «Esta ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad». (Nota del editor).

⁵ Vid. también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, cit.

que aparece también como inspirador de la política en materia de discapacidad, y que no creo que deba ser situado en el mismo plano que el resto de los principios. Según establece el proyecto de Ley antes aludido, se trata de un principio «en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad». Pues bien, considero, por un lado, que este principio debe estar supeditado al principio de vida independiente (esto es al reconocimiento del valor de la autonomía privada y pública de la persona con discapacidad, lo que implica que por encima de las organizaciones y de las familias está el individuo); y, por otro, que no puede ser interpretado en el sentido de que la cuestión de la discapacidad deba estar abierta sólo a los colectivos de las personas con discapacidad.

Por último, y abundando en todo lo anterior, la cuestión de la discapacidad, cuando se aborda desde un punto de vista teórico (necesario siempre para la justificación y determinación de la práctica), debe ser coherente con un discurso integral sobre la no discriminación. Esto es, es importante abordar esta cuestión de manera compatible con la proyección de la no discriminación en otras cuestiones que, aun siendo diferentes, son también importantes. Así, por ejemplo, considero desacertado mantener un planteamiento no discriminatorio en relación con las personas con discapacidad, pero discriminatorio en cuestiones de sexo, de raza o de religión. No me parece acertado, por ejemplo, proteger a la persona discapacitada de una determinada nación y no a la que lo es de otra, o justificar la protección a la persona con discapacidad aludiendo a la dificultad que ésta puede tener para satisfacer un derecho y no hacerlo en relación con otra persona sin discapacidad (mujer, inmigrante, mayor, niño...).

2. DIGNIDAD, CAPACIDAD Y POSIBILIDAD

Entrando ya en el contenido de mi intervención, que como ya adelanté tiene que ver con la necesaria incursión de la cuestión de la discapacidad en el discurso de los derechos, y más concretamente en el discurso sobre la dignidad humana, quiero partir señalando que esta problemática se presenta, por un lado, como una cuestión previa al propio discurso y, por otro, como determinante de éste. De ahí su importancia.

Es cierto que, en muchos casos, los teóricos nos encontramos con problemas a la hora de abordar determinadas cuestiones que, sin embargo, parecen estar asumidas desde un punto de vista social. Un ejemplo de este tipo de cuestiones es la del fundamento de los derechos humanos. Aunque

los derechos humanos son instrumentos, normalmente aceptados desde un punto de vista social (lo que no quiere decir que no planteen problemas también en ese ámbito), su fundamentación racional es problemática⁶. De sobra es conocida la afirmación de Bobbio en el sentido de que lo importante en relación con los derechos es la cuestión de su garantía y no la de su fundamento⁷. Algo así podría afirmarse cuando de lo que se trata es de los derechos de las personas con discapacidad o de las medidas de igualdad dirigidas a este colectivo. Lo importante es su garantía y su eficacia.

No obstante, tanto por razones de honestidad intelectual, cuanto por el convencimiento de que este tipo de análisis deben hacerse para resolver el problema de fondo, cuanto, por último, por el interés que para mí tiene la coherencia de la teoría de los derechos (y más en concreto de una teoría de los derechos universalista abierta a la diferencia), considero que es una obligación abordar este tipo de cuestiones.

De la afirmación anterior, se deduce con meridiana claridad que no estoy de acuerdo con quienes consideran que las teorías de los derechos que poseen un perfil universalista no son aptas para abordar este tipo de cuestiones, y que se hace necesario llevar a cabo discursos particularistas o exaltadores de la diferencia. Considero que el discurso universalista está de por sí abierto a la cuestión de la diferencia, y es el marco adecuado para el estudio de la cuestión de la discapacidad.

Tradicionalmente consideramos a los derechos humanos como instrumentos, básicamente de índole social, que favorecen el logro de determinados planes de vida. Los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad humana y en el desarrollo de una vida humana conforme a ella, esto es, de una vida humana digna. Por cierto, y aunque más adelante volveré sobre ello, no está de más apuntar ya desde aquí que no es lo mismo dignidad humana que vida humana digna. Los derechos parten de la idea de dignidad y se presentan como instrumentos para el logro de una vida humana digna.

En todo caso, la teoría de los derechos humanos está cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado, principalmente, por su «capacidad» para razonar, por su «capacidad» para sentir y por su «capacidad» para comunicarse⁸. Es ese modelo el que constituye el prototipo del agente moral, esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral. La proyección de ese modelo en el contexto moral, implica orientar

⁶ Vid. al respecto RODRÍGUEZ TOUBES, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid 1995, pp. 101 y ss.

⁷ Vid. BOBBIO, N., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid 1991, pp. 61.

⁸ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, col. Cuadernos «Bartolomé de las Casas», n. 26, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 63 y ss.

esas capacidades hacia la cuestión moral, que no es otra que el logro de la felicidad o, si se prefiere, el logro de un plan de vida. Es a esto a lo que solemos denominar como «capacidad» moral, siendo también un rasgo identificador de los individuos, como agentes morales.

Esos atributos se presentan como argumentos que avalan la posibilidad de hablar de la dignidad humana y, desde ellos, se justifica la existencia de derechos cuya principal función es la de proteger el desarrollo de esa dignidad. Los derechos se presentan así como mecanismos que protegen el desenvolvimiento de la dignidad, principalmente limitando, restringiendo o eliminando las barreras que ésta se puede encontrar. Se logra una vida humana digna cuando el ejercicio de esas capacidades orientado hacia el logro de un plan de vida se lleva a cabo de una forma satisfactoria para el agente en cuestión.

Vistas así las cosas, podríamos pensar que la inclusión en este discurso de una idea de individuo con discapacidad, no tendría sentido, o como mucho lo tendría como objeto de la discusión pero no como sujeto. En el mundo moral participarían individuos dignos, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida. Aquellos que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución.

La conclusión anterior aunque puede presentarse como coherente con la forma clásica de entender la idea de dignidad humana, debe ser matizada. Es cierto que el discurso de los derechos y el mismo discurso sobre la dignidad humana parten de ese modelo como modelo estándar, pero, sin embargo, ese modelo no agota (no debe agotar) la idea de individuo ni la del agente moral, dado que esos tres rasgos son graduales, relativos y abstractos. Es necesario, por tanto, replantearse ese concepto de dignidad humana; introducir en este discurso, al menos, tres tipos de reflexiones que aquí sólo apuntaré, y que denominaré como la reflexión sobre la diferencia en las capacidades, la reflexión sobre la potencialidad de las capacidades, y la reflexión sobre la dignidad en las posibilidades.

La reflexión sobre la diferencia en las capacidades exige ser consciente de la existencia de una desigualdad de hecho entre los sujetos morales, en lo referente tanto a la calidad como al ejercicio de esas capacidades. Aunque se entiende que todos los individuos considerados como sujetos morales las tienen, se asume que no todos cuentan con el mismo talento. Y esta diferencia en el talento tiene que ser relevante en la discusión moral, si bien, esa relevancia debe hacerse siempre bajo una serie de exigencias, entre las que destacan:

a) La importancia que en la discusión moral tiene (debe tener) la idea de individuo previa al examen de su papel en la sociedad. Este examen es,

sin duda, relevante, pero no tiene que condicionar el discurso (no puede hacerlo en un primer momento). Dicho en otros términos. Existen una serie de criterios definitorios de la idea de dignidad y del valor de los individuos que están por encima del papel que se les asigne o cumplan éstos en la sociedad.

b) La importancia del análisis del origen de la diferencia en el talento, en el sentido de examinar por qué se produce y si es una consecuencia natural o construida. Respecto al tema que nos ocupa, es importante ser conscientes de que el sujeto capaz y con talento puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que el sujeto con discapacidad o que el sujeto sin talento no ha podido acceder.

c) La importancia de cuestionarse una relación, a veces presente, entre talento y dignidad, esto es, la idea de que a mayor talento (o si se prefiere a mayor capacidad de razonar, sentir y comunicarse) mayor dignidad. Creo que es posible afirmar que una mayor capacidad trae consigo una vida más digna, pero una vida más digna no implica una mayor dignidad. La dignidad será la misma y, en todo caso, si ésta se valora positivamente lo que habrá que hacer es potenciar la posibilidad de adquirir y perfeccionar esos rasgos. Como ya fue señalado antes, es posible hablar de una vida humana digna cuando el ejercicio de las capacidades que definen la idea de dignidad humana se lleva a cabo de manera satisfactoria para el sujeto en cuestión. Y esto implica que, aunque el logro de una vida humana digna sea algo eminentemente subjetivo e individual, existen una serie de condicionantes objetivos, representados precisamente por el respeto y el valor de las capacidades (independientemente de su calidad) que definen la idea de dignidad humana, sin los cuales ésta no podrá alcanzarse.

d) La importancia de tomar conciencia de que los talentos se proyectan en capacidades concretas, pero es difícil que tengan una proyección en todas y cada una de las capacidades. Dicho de otra manera, es posible encontrarnos con sujetos que tienen más desarrolladas unas capacidades que otras, y es posible afirmar que ese desarrollo debe tener consecuencias sociales. No obstante, es difícil mantener que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general. A pesar de ello, y aunque soy consciente de que esto debería justificarse, considero que son más relevantes en último término la capacidad de razonar y de sentir, en unión con la capacidad moral.

e) La importancia de conectar entre sí las diferentes capacidades y, por tanto, también, los diferentes talentos, exigencia ésta que obliga a ponerlos en relación con la capacidad moral. En este sentido, la diferencia en las capacidades de razonar, sentir o comunicarse no debe repercutir en la capacidad moral (esto es, en la capacidad para alcanzar un plan de vida). Y si lo hacen, esto debe servir para justificar medidas que intenten paliar esta repercusión y lograr el ejercicio y desarrollo de la capacidad moral y no para entorpecerlo.

Por su parte, la reflexión sobre la potencialidad de las capacidades, muy conectada a lo anterior, nos lleva, por un lado, a la necesidad de tener en cuenta la existencia de individuos que pueden tener disminuidas sus capacidades para razonar, sentir y comunicarse de un modo temporal o transitorio; y, por otro, a la necesidad de valorar la capacidad moral al hilo de las otras capacidades y dentro de sus límites. Citaré un ejemplo, tal vez problemático y que seguramente no sirva como modelo general de lo que estoy hablando, pero que sí nos puede proporcionar una cierta idea. Se trata de los menores. Tradicionalmente se considera, cuestión muy discutible, que los menores tienen disminuida (no desarrollada) su capacidad para razonar. Si utilizásemos el modelo de individuo del que antes hablé sin matices, nos veríamos obligados a afirmar que el menor no tiene dignidad o que la tiene disminuida. Sin embargo, pensamos en el menor como un ser digno en el sentido de que, en condiciones normales, alcanzará un grado de capacidad standar. De este modo, consideramos justificado emplear medios para lograr ese desarrollo. Pero igualmente, en los últimos años se ha ido de alguna manera disminuyendo esa apreciación del menor como sujeto incapaz, concediendo importancia a sus opiniones y a sus intereses, en definitiva valorándolo como un sujeto autónomo (al menos relativamente)⁹. El menor, aun considerándolo como un sujeto con su capacidad disminuida, posee capacidad moral en el sentido de que orienta su existencia hacia el logro de planes de vida. Creo que estas consideraciones son trasladables a otros sujetos que se encuentran en situaciones de discapacidad. El llamado principio de vida independiente subraya esta consideración.

La reflexión sobre la dignidad en las posibilidades exige abrir el discurso sobre la dignidad a la cuestión de la posibilidad. La capacidad está irremediablemente conectada a la posibilidad, pero no debe ser confundida con ella. Dicho de otra manera, una cosa es tener capacidad para razonar, para sentir y para comunicarse y otra, bien distinta, es tener la posibilidad de razonar, sentir y comunicarse. La apertura del discurso a la cuestión de la posibilidad, que es también relativa, gradual y abstracta, trae consigo al menos dos consecuencias.

a) La primera de ellas es una consecuencia presente siempre en el discurso de los derechos y se manifiesta a través de la idea de los derechos como límites al poder. Es sabido que los derechos han sido considerados tradicionalmente como límites al poder político. Hace tiempo, en un pequeño libro, señalaba como esa idea debía matizarse en varios sentidos¹⁰.

⁹ Vid. al respecto la interesante tesis de Ignacio Campoy, que espero pronto sea publicada, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Madrid, 2000.

¹⁰ DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, 2ª ed., Dykinson, Madrid 2000.

Me interesa aquí resaltar dos. La primera matización tiene que ver con la constatación de que, en muchos casos, la trasgresión de los derechos o las barreras para su disfrute, no provienen del poder político sino más bien de la sociedad o de los particulares; la segunda, con la constatación de que, en muchos casos, la historia de los derechos ha consistido en una lucha no contra el poder político sino contra otros tipos de poderes y fuerzas, entre las que están lo que podríamos denominar como fuerzas de la naturaleza (la escasez puede servir de ejemplo). Pues bien, me parece que ambas matizaciones adquieren un sentido importante en el ámbito de la discapacidad. Es importante luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo «natural» o algo que hemos construido. En muchos casos, la incapacidad (revestida como imposibilidad), es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual.

b) La segunda es una consecuencia menos explorada e implica que la manifestación de esas capacidades puede hacerse por medios distintos. No existe una única forma de razonar, aunque esto tal vez sea discutible, pero lo que parece claro es que no existe una única forma de sentir (al menos existirán tantas como sentidos) y mucho menos una única forma de comunicarse, como tampoco existe un único plan de vida moral.

El discurso justificatorio de los derechos debe ser consciente de que poder caminar, oír, ver o comunicarse correctamente son auténticas ventajas. En este sentido, de lo que se trata es de favorecer al máximo esto y de justificar acciones destinadas a disminuir la desventaja de los que no lo hacen correctamente. Pero también es necesario incluso plantearnos el propio significado de lo correcto, siendo conscientes de que lo importante no es la forma sino la propia acción, que lo importante es el uso de las posibilidades (y no tanto de las capacidades) hacia el logro de los diferentes planes de vida.

Desde estas matizaciones, los agentes relevantes en la discusión moral, en el ámbito del discurso de los derechos, deben ser los capaces, pero incluyendo en esta categoría a los que tienen algún tipo de problema para desarrollar su racionalidad, su sentimiento y su comunicación, y, por lo tanto, a los que cuentan con dificultades para el desarrollo de su capacidad moral. O dicho de otra manera, el sujeto moral es aquél que, de alguna manera, cuenta con la posibilidad potencial de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida. Así, el marco de la discusión moral está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida (en el desarrollo de la capacidad moral).

Y este marco formal, que como ya señalé posee unas fuertes dimensiones de subjetividad, posee no obstante una serie de exigencias de índole

objetivo y material, como son, la obligación de respetar esas capacidades y posibilidades y la obligación de favorecer su mantenimiento (obligación ésta que puede presentarse como la exigencia de satisfacer las necesidades básicas de los agentes morales). La idea de dignidad humana, expresada de esta manera, trae consigo estas exigencias, que tienen que presidir el discurso de los derechos y que lo hacen inteligible. Es este el punto de conexión entre dignidad humana y vida humana digna. Esta última se alcanza cuando se respetan las capacidades definitorias de las ideas de dignidad y su ejercicio; cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida.

3. EDUCACIÓN, DERECHO Y PODER

La reflexión efectuada antes, si tiene alguna utilidad es para presentar algunos de los referentes imprescindibles del discurso de los derechos cuando éste se proyecta sobre la cuestión de la discapacidad. Sin duda, estos referentes y algunas de sus consecuencias, exigen ciertos cambios en las sociedades contemporáneas. Las formas de lograr esos cambios pueden ser variadas, pero tal vez el principal camino venga de la mano de la educación y del Derecho. Ciertamente no puedo extenderme mucho en ello.

Respecto al papel de la educación, y dejando a un lado una cuestión esencial como es la de la necesidad de promover el acceso a la educación de las personas con discapacidad (aspecto normalmente presente en estas discusiones), sólo señalaré que la educación, en su proyección sobre la discapacidad, debe tener dos grandes sentidos. El primero de ellos debe ir en la línea de favorecer la interiorización de esa idea de dignidad y de vida humana digna de la que hablé, y que en definitiva implica considerar a la persona con discapacidad como sujeto moral. Y este sentido se proyecta tanto en la persona con discapacidad (algo que considero enormemente relevante y que, a veces, no es tenido en cuenta) cuanto en las personas que no pertenecen a este colectivo. El segundo debe ir en la línea de mostrar la relevancia y el valor de los sujetos que, por alguna circunstancia, puedan quedar fuera de esa idea básica de sujeto moral. Uno de los objetivos de la educación deber ser el de concienciar sobre la relevancia de estos sujetos, hacer sentir su importancia, en definitiva, que sean objeto de interés para el sujeto moral. En todo caso, el camino de la educación es siempre un camino lento. Por eso, adquiere enorme sentido el camino del Derecho.

Como señalé al comienzo, el análisis de la discapacidad en el Derecho, debe ser abordado al hilo del examen del papel de la igualdad y, más concretamente, de la diferenciación negativa y positiva.

Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme, seguramente por la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de Derecho, tanto la diferenciación negativa cuanto la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación. En efecto, el juicio de relevancia y razonabilidad no es otra cosa que el intento de presentar razones que permitan apoyar una u otra medida (lo que de nuevo nos advierte sobre la importancia del examen de la idea de dignidad y de los discursos de fundamentación y justificación de los derechos).

He venido haciendo referencia a una serie de presupuestos que deben estar presentes en el discurso de los derechos. Desde ellos, y siendo conscientes de que el problema de la igualdad debe ser resuelto principalmente desde el examen del caso en cuestión, es posible no obstante establecer un marco genérico en el que desenvolver las exigencias de razonabilidad y relevancia. Se trata en definitiva de apuntar ciertos rasgos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de operar con la idea de razonabilidad en lo referente a medidas de igualdad.

Desde esa perspectiva, el juicio de la relevancia y razonabilidad en el ámbito de los derechos está presidido, en primer lugar, por la exigencia de atención al problema de la capacidad moral y de las necesidades básicas o dicho de otra forma, el principal criterio de relevancia es el del respeto a la capacidad moral y la satisfacción de necesidades básicas. Se trata de un presupuesto de la discusión moral y por lo tanto de un requisito previo de toda medida de igualdad. No es posible referirse al discurso sobre los derechos si no tenemos en cuenta la exigencia de considerar a los seres humanos como dotados de dignidad y si no presumimos la justificación de aquellas medidas que tienen como misión hacer posible el ejercicio de las capacidades y posibilidades a ella conectadas.

Pero, además, existe otro criterio guía que se deduce del igual valor que se concede a la capacidad moral. En virtud de ello, el juicio de relevancia y de razonabilidad está limitado por la necesidad de contemplar y en su caso situar, en el presupuesto de toda discusión moral, a los sujetos morales en igual situación de poder para la determinación de aquello que puede ser considerado como correcto. Es decir, el marco de justificación de los derechos exige entenderlos como el resultado de la puesta en común de diferentes demandas vinculadas al logro de planes de vida. Y en este sentido, presupone una idéntica participación de todos los agentes morales, sin que ello suponga, claro está, que finalmente todas las exigencias sean tenidas en cuenta.

Ambos criterios son previos a la cuestión sobre la distribución de los derechos, en el sentido de presentarse como condición de cualquier tipo de reconocimiento real de los mismos.

Más allá de estos dos criterios guía, la justificación de la diferenciación, ya sea ésta negativa (no discriminación) o positiva (diferenciación) exige atender a las razones que originan dicha medida, siendo necesario prestar atención a la posible presencia de diferentes tipos de desigualdad y en su caso de diferentes criterios de distribución (tales como las necesidades, capacidades, méritos, talentos...). Y en este punto, adquieren importancia otros dos grandes principios como son, el principio de proporcionalidad y el principio de aceptabilidad.

En virtud del primero, la justificación de la diferenciación, esto es de una medida de igualdad, debe superar tres filtros. Por un lado debe ser una medida idónea (esto es, debe perseguir un fin legítimo —en el ámbito de nuestro discurso esta exigencia obliga a plantear como finalidad básica la de satisfacer un derecho— y ser adecuada en términos de eficacia y eficiencia); por otro, debe ser necesaria (esto es, debe ser la mejor entre todas las posibles); por último, debe estar ponderada (esto es, las ventajas que se obtienen deben superar a las desventajas).

En virtud del segundo, la justificación de la diferenciación debe tener en cuenta a todos los sujetos a los que la medida afecta. Y en este punto, con carácter general, está justificado llevar a cabo medidas de diferenciación (tanto en el sentido de igualdad de oportunidades como de resultados), siempre y cuando éstas sean aceptadas por aquellos colectivos o personas a los que van dirigidas y afectan.

Así, el examen de la razonabilidad debe ajustarse a estos límites, lo que significa que siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica, mantener la capacidad moral o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Y a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sean proporcionales y aceptadas por los sujetos implicados.

Ciertamente, estos principios, además de polémicos, son enormemente generales. Pero a pesar de ello pueden servir de guía para abordar cuestiones de igualdad desde el discurso de los derechos.

Y en todo caso, y por lo que al tema del seminario se refiere, justifica una cláusula general de igualdad en materia de discapacidad (una medida transversal que afecta a cualquier política pública y privada, y que exige tener en cuenta la situación de la persona con discapacidad como agente moral). Esta cláusula de igualdad supone, tanto la eliminación de cualquier tipo de barrera que imposibilita el disfrute de los derechos humanos (cláusula de no discriminación), cuanto la promoción de su inclusión en todos los ámbitos de la vida social (cláusula de diferenciación positiva). La correcta realización de estas cláusulas exige no sólo hacer visible a la persona con

discapacidad, sino también darle voz y poder de decisión. Para ello puede ser necesario actuar con acciones positivas incluso en el ámbito de la participación política.

Como se observará, desde estas reflexiones, adquieren justificación los grandes principios que habitualmente son tenidos en cuenta en el ámbito de las normas contemporáneas en materia de discapacidad y que fueron señalados al principio: vida independiente, normalización, accesibilidad universal y diseño para todos.